SEÑOR PRESIDENTE.- Habiendo número, está abierta la sesión.

(Es la hora 10 y 13 minutos)

-La Comisión de Hacienda continúa con la consideración del proyecto de ley relativo a los contratos de participación público-privada y, a esos efectos, en la mañana de hoy tenemos en honor de recibir al doctor Juan Pablo Cajarville. Cabe señalar que estuvo presente e hizo sus aportes en la Comisión homóloga de la Cámara de Representantes, pero nos interesa escuchar sus apreciaciones en este ámbito.

Sin más trámite, le cedemos el uso de la palabra.

SEÑOR CAJARVILLE.- En primer lugar, quiero agradecer el honor de que se vuelva a escuchar mi opinión sobre este tema.

Como decía el señor Presidente, ya estuve en la Comisión correspondiente de la Cámara de Representantes en dos oportunidades. Debo decir, con satisfacción personal, que las observaciones que formulé fueron atendidas y que, en buena medida, todas han sido incluidas en la iniciativa que actualmente está a consideración de esta Comisión. De manera que pienso que mi aporte en esta oportunidad puede ser de otra índole al que pude hacer en la otra Cámara. P artiendo de la base de que el proyecto de ley, que considerará en primera instancia esta Comisión y luego el Plenario, es el proveniente de la Cámara de Representantes, voy a limitarme, en principio, a formular las observaciones que he planteado y que subsisten en esta iniciativa, sin referirme a todo lo anterior.

Inicio la exposición de las observaciones que me resta formular a este proyecto de ley mencionando los artículos 2º y 3º.

He tenido a la vista la versión taquigráfica de la primera sesión de esta Comisión que consideró este tema, y por eso entiendo pertinente comenzar por recordar a los señores Senadores -que, sin duda, ya lo saben- que en nuestro Derecho no existe una regulación general de la contratación de la Administración. Prácticamente, lo único que existe es esa recopilación de normas legales que están ordenadas en un decreto, el muy famoso y mencionado TOCAF, es decir, el Texto Ordenado, que en realidad no contiene ninguna norma de fondo sobre contratación de la Administración, sino que se limita a regular el procedimiento de selección del contratista. De esto resulta que la sustancia de los contratos que celebra el Estado no está encorsetada por normas legales sino que depende, prácticamente en su totalidad, de lo que se establezca en los pliegos de condiciones que, en el mejor de los casos, desde el punto de vista legal tienen naturaleza de normas reglamentarias y, en otros, de normas meramente contractuales que perfeccionan las partes.

Con el régimen vigente, sin necesidad de una nueva ley, es posible que el Estado celebre contratos que tengan el contenido que se prevé en este proyecto de ley. ¿Cuál es la novedad que aporta esta disposición? Es, precisamente, que se regule por ley de manera que no quede librado a los pliegos de condiciones que elabora la propia Administración. Algunos de estos pliegos de condiciones son generales porque se aplican a todas las contrataciones, pero los más relevantes y de los cuales depende el contenido del contrato y las obligaciones de las partes son, precisamente, los pliegos particulares que se elaboran para cada contrato. Con este proyecto de ley -cuando sea ley- esa discrecionalidad de la Administración en la elaboración de las normas de cada contrato quedará regulada por una disposición legal. En la actualidad se puede hacer un contrato con este contenido, pero al aprobarse este proyecto de ley, la Administración tendrá que realizar los contratos con este contenido ateniéndose a lo que establezca en materia de procedimiento y de selección previa de la forma contractual, para lo cual se fijan una serie de requisitos y participación de órganos técnicos; luego, en algún tema relevante en materia del fondo de los contratos, se deberá atener a la regulación y a la posibilidad de modificar esos contratos. Este ha sido un tema discutido en doctrina y en este proyecto de ley encuentra regulación. De manera que ese es el significado que tiene la definición en el artículo 2º de este tipo de contratos en particular.

Desde mi punto de vista, la singularidad de la definición de este contrato de participación público-privada que contiene el proyecto en el artículo 2º radica en que se imponga al contratista de la

Administración la obligación de financiar el contrato.

El artículo 3º define el objeto al que puede aplicarse el contrato. El objeto se delimita en obras de infraestructura y se aclara a qué tipo de actividades puede aplicarse este contrato, y a cuáles no. La definición por la positiva y por la negativa en principio no es conveniente ni coherente, ya que puede llevar a la duda de qué ocurre con las actividades que no están incluidas o excluidas expresamente. Ahora bien, en este caso particular, esta definición por la positiva y por la negativa tiene una singularidad, que en mi opinión la hace admisible, pues lo que se excluye expresamente son aspectos de lo incluido expresamente. Por un lado, en el inciso segundo del artículo 3º, literales A), B), C) y D), se enuncian como objeto de este contrato la infraestructura en sectores determinados y, por otro, en el inciso siguiente se establece una inclusión expresa. Por otra parte, las exclusiones se refieren a aspectos de los contratos sobre materias expresamente incluidas; es decir, si están expresamente incluidos los cometidos educativos, se excluye de lo educativo la prestación en sí misma de la actividad educativa. Se pueden realizar obras de infraestructura en materia de educación, pero no se puede incluir como operación del contrato de participación público-privada la actividad de enseñar. De la misma manera, se pueden hacer obras de infraestructura en materia sanitaria, pero no se puede incluir como actividad del contratista la prestación en sí misma de los servicios sanitarios. Así es cómo funciona la inclusión de ciertos sectores expresamente y la exclusión de aspectos de esas materias expresamente incluidas.

Hasta aquí todo esto funcionaría bien; el problema surge, desde mi óptica, cuando más adelante el texto expresa lo siguiente: “Se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos esenciales cuya prestación corresponde al Estado en forma exclusiva, así como la explotación de los monopolios establecidos por ley a favor de éste”. Creo que lo relativo a los monopolios es claro porque se habla de “explotación de los monopolios”. No se trata, por ejemplo, de que ANCAP no pueda recurrir a esta forma de contratación para construir una refinería; sí lo puede hacer. Lo que no puede es transferir al contratista la explotación de la actividad de refinación de petróleo o de importación, que es uno de los cometidos monopólicos más importantes que mantiene esta entidad estatal. De manera que el proyecto de ley es claro en cuanto a la explotación de los monopolios.

Por su parte, me parece que no ocurre lo mismo cuando se habla de la excepción con respecto a los cometidos esenciales. En la Comisión de la Cámara de Representantes propuse suprimir la expresión “cometidos esenciales”, pero no tuve éxito. Paso a explicar cuál es la dificultad que plantea la utilización del concepto “cometidos esenciales”. Como es bien sabido, ese concepto fue elaborado nada menos que por el maestro Sayagués Laso. Ahora bien, la definición de “cometido esencial”, en el concepto de Sayagués Laso -que es el admitido casi por unanimidad y yo soy una de las contadas excepciones- tiene la dificultad de acumular dos requisitos que no son coincidentes y que, en la realidad, no siempre se superponen. Para Sayagués Laso “cometidos esenciales” son aquellas actividades que no se conciben sino realizadas por entidades estatales. Los ejemplos típicos son: el mantenimiento del orden, la defensa nacional, las relaciones exteriores. Este es un requisito de la propia índole de la actividad, aunque no cabe duda de que está sometido a todas las variaciones que se dan, no solo en el transcurso de la historia, sino incluso dentro de las distintas concepciones que se pueden sostener con respecto a qué es lo que el Estado puede o no hacer. En principio, existe cierto acuerdo en cuáles son aquellas actividades que solo el Estado puede hacer, en virtud de su propia índole. Sin perjuicio de ello, pueden aparecer dudas, como la que se surgió con respecto a la emisión de moneda. Actualmente nadie diría que ese no es un cometido esencial del Estado y, sin embargo, los señores Senadores recordarán que no hace muchos años se postuló que el Estado uruguayo no emitiera moneda y no muy lejos en el tiempo -a principios del siglo XX- los bancos privados emitían moneda. Puse este ejemplo para mostrar cómo varía la concepción de lo que es inherente al Estado como actividad exclusiva. Pero, ¿qué ocurre? Que a esta noción, que como ustedes observarán es de índole sustancial y no jurídica -obedece a concepciones sociales y políticas sobre qué es lo que el Estado puede hacer con exclusividad o puede compartir con los particulares- Sayagués Laso agrega otro requisito y es el de que el Derecho reserve la exclusividad de esa actividad al Estado. Aquí surgen dos dificultades. Por un lado, la de distinguir entre lo que el Derecho reserva al Estado como cometido esencial y lo que le reserva como monopolio. Este primer inconveniente es ajeno a la dificultad que hoy está planteada. Lo que ocurre es que no siempre se superpone la concepción sociopolítica de qué es lo que solo el Estado puede realizar con lo que el Derecho establece al respecto. Voy a poner un ejemplo real. El profesor Cortiñas-Peláez, que es un compatriota que se formó en nuestra Facultad y fue discípulo directo de Sayagués Laso, pero que a través de distintas becas que usufructuó en el exterior, terminó siendo profesor en México y nunca lo fue en Uruguay, sigue sosteniendo la clasificación de cometidos de Sayagués. Pero frente a esta dificultad que plantea la definición de Sayagués, él optó por considerar solamente el aspecto jurídico: son cometidos esenciales aquellos que

el Derecho reserva exclusivamente al Estado. Entonces, cuando en México se nacionalizó la banca hace 25 o 30 años y por ley resultó que la actividad bancaria solo podía ser realizada por el Estado, Cortiñas-Peláez dijo que la actividad bancaria era un cometido esencial del Estado, con lo cual se alejaba absolutamente del concepto de cometido esencial que se acepta en nuestro país y que era el que aceptaba el maestro Sayagués Laso.

Esta es la dificultad que plantea la inclusión del concepto "cometido esencial" en una ley. Yo ya lo critiqué hace muchos años, cuando se discutió la llamada ley de empresas públicas, durante el Gobierno del doctor Lacalle, que fue objeto de un recurso de referéndum. Esa fue una ley que se estructuró absolutamente sobre la clasificación de los cometidos de Sayagués Laso, que tuvo una finalidad pedagógica, doctrinal y de ninguna manera de encasillamiento de estos cometidos por el Derecho Positivo.

Ahora bien, en este proyecto de ley se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos esenciales, como índole material de actividad. Si nos atuviéramos a esto, no se podría utilizar este proyecto de ley para realizar infraestructura que tuviera que ver con la defensa nacional, la actividad de la Policía en el mantenimiento del orden y la seguridad o en materia de relaciones exteriores. En este último caso, el tema no preocupa tanto como cuando se trata de defensa nacional y, sobre todo, de la actividad de la Policía. Por ejemplo, se ha proclamado que se piensa aplicar este mecanismo de contratación a las cárceles; incluso, está mencionada expresamente como una de las materias a las cuales se puede aplicar este proyecto de ley. Si hay un cometido que puede calificarse como esencial en cualquier sentido es el de las cárceles, el de privación de libertad a los que han cometido delitos.

SEÑOR MICHELINI.- Es cierto que la ley habla de cometidos esenciales, pero cuando leo el artículo me da una impresión distinta porque, por un lado, en el literal D) se autorizan obras de infraestructura de cárceles y, por otro, se dice: "Se exceptúan de este régimen de contratación los cometidos esenciales cuya prestación corresponde al Estado". Entonces, la sensación que tengo es que se puede hacer la cárcel y el privado se ocupará de que la hotelería esté en condiciones, pero el cometido de la limitación de la libertad le corresponde al Estado. Posiblemente el doctor Cajarville tenga razón respecto a que genera confusión. En mi opinión, es claro que se ha autorizado expresamente para las cárceles. La frase final que dice: "Se exceptúan de este régimen de contratación", no limita la construcción de las cárceles o su hotelería, sino la tarea diaria como, por ejemplo, la seguridad, la privación de la libertad, la guardia interna y perimetral. Tengo la sensación de que estos aspectos han sido excluidos porque se podría haber establecido que la cárcel incluya el mantenimiento de la hotelería, la guardia interna y perimetral; sin embargo, se separa la hotelería del mantenimiento de la privación de la libertad.

SEÑOR CAJARVILLE.- Estoy de acuerdo con el señor Senador Michelini. No cabe duda de que se podría aplicar a las cárceles. El apartado III) delimita expresamente lo que ha dicho el señor Senador. Cuando se trate de cárceles, no pueden incluirse en el contrato los servicios de seguridad, sanitarios y de reeducación de reclusos Esto resulta claramente de la ley, que establece que en materia de cárceles se puede aplicar este mecanismo de contratación con las exclusiones realizadas en el apartado III). Sin embargo, me refiero a otra cosa.

Cuando se exceptúan de este régimen los cometidos esenciales, no cabe duda de que no se refiere a las cárceles porque están expresamente mencionadas, con el alcance que pueden tener. Sin embargo, quedan excluidas todas aquellas actividades que son cometidos esenciales. Quiere decir que están excluidos la actividad de la Policía, la defensa y cualquier otro aspecto que se entienda que es un cometido esencial. La duda se puede plantear en el caso concreto de determinar qué es un cometido esencial. Es a esto que me refiero cuando llamo la atención acerca de la inconveniencia de utilizar este concepto.

A continuación -y como bien señala el señor Senador- el proyecto parece optar por uno de los dos mecanismos para considerar que un cometido es esencial. Se puede considerar que un cometido es esencial porque socio-políticamente es inherente al Estado y, por tanto, solamente él lo puede cumplir, o se lo puede definir como un cometido esencial si la ley establece que solamente el Estado lo puede realizar. La ley parece inclinarse por el segundo concepto cuando dice "cuya prestación corresponde al Estado en forma exclusiva". Pero tampoco queda claro que corresponde en forma exclusiva porque la ley lo establece o se concibe que así sea.

Las dificultades que plantea la inclusión del concepto “cometido esencial” en la ley resultan de su propio concepto -sobre el cual no hay acuerdo- y podrían superarse si se suprimiera este calificativo y se dijera expresamente qué es lo que se excluye con respecto a los cometidos esenciales. Por ejemplo, podría decir: “Se exceptúan de este régimen de contratación la operación de cometidos cuya prestación corresponde al Estado en forma exclusiva”. De esa manera quedaría claro que lo que se excluye no es la realización de infraestructura con respecto a esos cometidos, sino su operación. El régimen sería el mismo que se establece claramente en la ley sobre los monopolios. No se excluye la realización de infraestructura corporizada por el Estado; lo que se excluye es la explotación del monopolio.

Esa es la sugerencia que hago con respecto a este artículo 3º, pues creo que la aclaración evitaría dificultades en el futuro. A mi entender, con esa redacción se dice lo que efectivamente se quiere.

Como anuncié, me voy a limitar a referirme a las objeciones que mantengo con respecto a este proyecto de ley.

SEÑOR GALLINAL.- Como veo que el doctor Cajarville va a pasar a otro tema, quisiera detenerme un poco más en este que estamos tratando.

Cuando el señor Ministro y su equipo comparecieron ante esta Comisión, les pregunté, justamente, sobre el alcance de este inciso. En lo que tiene que ver con los cometidos esenciales, la explicación fue muy clara y me parece que la interpretación es de recibo. Es más, si a eso le pudiéramos agregar el cambio en la redacción, creo que el problema podría quedar superado.

En cuanto a los monopolios, si bien ahora me quedo más tranquilo con la interpretación que realiza el doctor Cajarville, recuerdo que el señor Ministro decía que no se quiso meter en el tema de los monopolios; entonces, se incluyó esa frase para dejar bien en claro -con toda razón- que acá no se está discutiendo ese asunto. Si se quiere modificar esto, se deberá hacer por los caminos que correspondan, pero la ley no ingresa en ese ámbito. Sin embargo, eso no quiere decir que aquellos organismos del Estado que prestan servicios de carácter monopólico no puedan recurrir a estos instrumentos porque, en ese caso, la prohibición sería más grande que la actual. Si descartamos la posibilidad de utilizar estos instrumentos, estaríamos poniendo más limitaciones cuando, en realidad, lo que debemos hacer es apoyar a las empresas del Estado dándoles todos los instrumentos posibles para que puedan ejercer sus competencias.

Por tanto, la redacción referida a la explotación sería correcta, es decir que los organismos monopólicos pueden utilizar todos los instrumentos que se *aggiornan* a través de la presente ley, porque también habíamos llegado a la conclusión de que no innova, sino que conforma un sistema más orgánico. Lo que no pueden hacer es concesionar o tercerizar los servicios que están en régimen de monopolio. Es decir que la utilización de este sistema para financiar infraestructura que permita prestar los servicios no quedaría excluida del ámbito de este proyecto de ley. Por ejemplo, cuando ANTEL presta servicios de telefonía básica, a los ojos del Gobierno está en régimen de monopolio -aunque es un tema en discusión- pero mientras no tercerice su servicio, puede acudir a un instrumento de estas características.

SEÑOR CAJARVILLE.- Considero que tal como estaba redactado el texto, hablando de la explotación de los monopolios, resultaba bastante claro.

De todas maneras, debo confesar que la primera vez que comparecí ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes hice la misma objeción que se ha hecho y puse el mismo ejemplo que citó el señor Senador Abreu. Llamé la atención de que con esta exclusión ANCAP no podría utilizar este mecanismo para cuando hubiera una nueva refinería, y un Diputado me hizo ver que aquí dice “explotación del monopolio”, con lo cual no queda excluida la construcción de infraestructura. Entonces, hoy tomo esa explicación como interpretación de lo que dice el proyecto. Ahora bien; si el proyecto de ley se va a modificar y va a volver a la otra Cámara, de pronto se podría aclarar aún más este aspecto con una expresión adicional que dijera que la construcción de infraestructura en materia monopólica no está excluida. Tal como está la redacción, entiendo que es eso lo que dice la norma, pero es claro que siempre se la puede mejorar.

SEÑOR ABREU.- Como este tema está bien planificado, estaba pensando en regímenes especiales que pueden generar alguna duda más allá de que, obviamente, la ley se remite a todas las normas ya vigentes.

Mi duda, en particular, es sobre los regímenes de zonas francas. Allí hay determinadas normas, por ejemplo, sobre la obligación de prestar los servicios públicos al costo, o también en materia laboral, donde existe algún tipo de excepción. Es decir que si el Estado quisiera hacer una asociación público-privada en el ámbito de una zona franca, por las razones que entienda convenientes -supongamos, por ejemplo, en una red de gasificación- es muy importante saber que esta ley estaría ajustándose -y no modificando- a las otras que tienen excepciones para dar beneficios a las zonas francas en estos aspectos.

Esa es mi reflexión y mi pregunta sobre esta cuestión, porque hay normas, sobre todo en el área de los servicios públicos, donde existe la obligación de prestar los servicios al costo, y también en materia laboral hay una vieja discusión a propósito de estos temas. Hoy se discute muchísimo si las zonas francas constituyen una franquicia territorial y qué alcance tienen y, dado que ellas están proliferando en el país, con inversiones significativas, es importante saber si este tema es compatible, es decir, si no altera o vulnera la legislación vigente en esa materia, en lo que tiene que ver con el tratamiento de carácter excepcional o especial.

SEÑOR CAJARVILLE.- Francamente, no había pensado en ese tema, que en el proyecto no se toca para nada. En principio, como primera reflexión, diría que como el régimen de zonas francas ni se menciona; permanece incambiado.

Esa es, reitero, la primera reflexión que se me ocurre sobre un tema que no había tenido presente. De todos modos, eventualmente puede incluirse una aclaración al respecto.

A continuación, voy a hacer referencia al artículo 23, que alude al procedimiento de adjudicación de las ofertas y donde se incluye una novedad, algo que no existe en nuestro Derecho y que posiblemente se haya tomado del Derecho Comparado: la adjudicación provisional. En la mitad del procedimiento de adjudicación se incluye lo que se denomina "adjudicación provisional" y, para que no existan dudas, se agrega que se trata de una resolución fundada dictada por el ordenador del gasto. ¿Qué significa esto? Que en la mitad del procedimiento de adjudicación se ubica un acto administrativo que da lugar a la apertura de los medios de impugnación. Esto, a su vez, significa la posibilidad de interponer recursos administrativos, y todos sabemos lo que implica, porque si el ordenador del gasto es un órgano sometido a jerarquía, se podrán interponer dos recursos administrativos. Luego, como si fuera poco, es posible iniciar una acción de nulidad. Esto quiere decir que en el medio del procedimiento de adjudicación se incluye un trámite jurisdiccional que, por lo menos, insume dos años y medio o tres y, en los casos de mucha dificultad, un período aun mayor.

La adjudicación provisional, tomada del Derecho Comparado, seguramente proviene de sistemas en los cuales el régimen de impugnación de los actos administrativos no es igual al uruguayo, es decir, regímenes en los que puede haber actos administrativos que no sean impugnables mediante recursos o acciones de nulidad. Inclusive, en el Derecho Comparado hay autores que sostienen que la adjudicación provisional no es un acto administrativo, sino un dictamen o un proyecto de resolución y, como tal, no es impugnable. No obstante, en nuestro Derecho no cabe ninguna duda de que si se trata de un acto administrativo, es impugnable, y lo es porque la Constitución lo impone. Precisamente, la impugnación se puede realizar dentro de los diez días de la notificación y, a su vez, agotada la vía administrativa, se puede impugnar mediante acción de nulidad. Esto, reitero, porque la Constitución lo impone.

Debo señalar que en las dos oportunidades en que concurrí a la Comisión respectiva del otro Cuerpo, expresé esta objeción pero, por alguna razón que no alcanzo a comprender, no se admitió la exclusión de este concepto.

Precisamente, la solución que propuse consiste en atenernos al régimen vigente en nuestro Derecho, es decir, a lo que establece el TOCAF. Por eso, aunque se alude a una adjudicación provisional, sugerí que simplemente se hiciera una notificación a todos los postulantes al contrato; me refiero a una notificación de todo lo actuado e, incluso, del contenido del informe de la Comisión Asesora. Así, se abriría un período en el que todas las partes pudieran formular los comentarios y

objeciones que tuvieran con respecto al procedimiento o al informe de dicha Comisión, sin que en todo ello exista ningún acto administrativo, sino simplemente una vista y su evacuación. El acto administrativo recién va a aparecer en la adjudicación. Aquí se habla de adjudicación definitiva, pero es la única adjudicación que existe en el procedimiento de contratación del Estado y es la única que se puede impugnar.

En definitiva, propuse -e inclusive redacté una fórmula que entregué a algún miembro de la Comisión- modificar el régimen en ese sentido y transformar lo que se denomina "adjudicación provisoria" en una vista, un manifiesto o una evacuación de vista. Eso no es novedoso, sino que se trata simplemente del régimen que hoy rige de acuerdo con lo que dispone el TOCAF en cuanto en la contratación por licitación pública.

La solución a la que apeló el Legislador en la Cámara de Representantes fue agregar un inciso tercero al artículo 23, que expresa que "Todo recurso que quiera interponerse sobre esta resolución provisional quedará en suspenso hasta la resolución definitiva." En mi opinión, este inciso es flagrantemente inconstitucional y lo único que va a lograr es crear dificultades al introducir en el medio del procedimiento, además de los recursos administrativos y de la acción de nulidad, una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia, porque veda la posibilidad de recurrir, al decir que se va a impugnar la adjudicación definitiva. Insisto en esta objeción, que ya formulé en dos oportunidades -de manera que los señores Senadores la podrían leer en las versiones taquigráficas de la Comisión de la Cámara de Representantes- y me permito hacerlo porque creo que es realmente importante. Se trata de una innovación a la que no se encuentra razón de ser y no me explico la insistencia de la Cámara de Representantes en mantener esa adjudicación provisional. Esto se soluciona fácilmente aplicando el régimen que rige actualmente en nuestro Derecho.

SEÑOR PRESIDENTE.- El doctor Cajarville nos dice que este inciso que se agregó en la Cámara de Represenentes es inconstitucional y quisiera saber si tuvo oportunidad de manifestarlo en dicha Comisión.

SEÑOR CAJARVILLE.- En realidad, hice la objeción la primera vez que comparecí, y como no se había enmendado, la reiteré en la segunda visita. Luego apareció el agregado de este inciso cuando ya no tenía oportunidad de cuestionarlo.

SEÑOR MICHELINI.- Según entiendo, el doctor Cajarville considera que la resolución provisional es aceptada como un acto administrativo y que si no habláramos de adjudicación provisional, sino de notificación o de puesta de manifiesto de la opinión primaria, o del *ranking* -aunque no usemos ese término- eso no sería un acto administrativo. Por lo tanto, no podría interponerse un recurso en esa ocasión, sino después, cuando el acto termine, lo que parece lógico. Entonces, el agregado hecho en la Comisión de la Cámara de Representantes podría estar "solucionando" -entre comillas- el tema de que no se suspenda el trámite, pero como podría ser considerado flagrantemente inconstitucional, al final estaríamos ante un lío más engorroso. Esa es la objeción del doctor Cajarville.

SEÑOR CAJARVILLE.- Exactamente, señor Senador.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Presidencia consulta al doctor Cajarville si tiene alguna redacción alternativa. En ese caso, le pedimos que deje una copia a la Comisión y, si es posible, la lea.

SEÑOR CAJARVILLE.- Si el señor Presidente está de acuerdo, puedo darle el material a la Secretaría para que lo fotocopie y también darle lectura, pero es un artículo extenso.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se trata, entonces, de un nuevo artículo.

SEÑOR CAJARVILLE.- Sí, señor Presidente. Es un artículo sustitutivo del 23.

SEÑOR PRESIDENTE.- Solicito a la Secretaría que lo incluya en el Acta de la sesión del día de hoy.

SEÑOR ABREU.- Aquí hay un inciso que dice que el Tribunal de Cuentas tiene un plazo de 30 días para pronunciarse y su no pronunciamiento se asimila a un pronunciamiento favorable. El problema es

que el Tribunal de Cuentas se expide exclusivamente por términos de legalidad y decir que el transcurso de un plazo sin pronunciamiento del Tribunal puede subsanar o dejar, de alguna forma, las observaciones de fondo legal que pueda tener, es algo que está mirado desde el punto de vista de la eficiencia y de los trámites. Quisiera conocer la opinión del doctor Cajarville en cuanto a que se legisle de esta manera, con presunciones sobre una ilegalidad por el solo hecho de no haberse pronunciado en plazo.

SEÑOR CAJARVILLE.- Con toda franqueza, siempre he tenido dudas sobre la constitucionalidad de la fijación de plazos al Tribunal de Cuentas por ley y sobre la adjudicación de un significado a su silencio. Y si digo que he tenido dudas es porque no es una novedad que se incorpora en este proyecto de ley, porque ya existen varias leyes que le establecen plazos al Tribunal de Cuentas para pronunciarse y le adjudican un significado a su silencio. Por eso es que no lo cuestioné y no desapareció en esa redacción sustitutiva. Digo más: tengo entendido -no lo puedo asegurar con toda certeza- que esa solución legal que algunas de las leyes establecieron -es decir, de dar un plazo por ley al Tribunal y un significado a su silencio- fue propuesta por el propio Tribunal de Cuentas. Reitero: por eso no la cuestioné ni la eliminé en esa fórmula sustitutiva, pero en Derecho rara vez dos más dos es cuatro y esta solución siempre me ha suscitado dudas, no tanto la fijación de un plazo sino la adjudicación de un significado al silencio.

SEÑOR GALLINAL.- No tuve oportunidad de leer el artículo sustitutivo que aportó el doctor Cajarville, por lo que solicito que se lea.

SEÑOR PRESIDENTE.- Lo están fotocopiando; luego le daremos lectura.

SEÑOR GALLINAL.- Me imagino que si elimina la adjudicación provisoria, también eliminará la referencia a la adjudicación definitiva, porque veo que después los artículos siguientes continúan en esa misma línea. Por ejemplo, se expresa: "previo a la adjudicación definitiva al adjudicatario", y eso no puede referirse a otra cosa que a la adjudicación provisoria. Por eso me parecía interesante leer todo el artículo sustitutivo, por si tenemos alguna duda.

SEÑOR PRESIDENTE.- Podemos ir analizando el tema con el doctor Cajarville.

SEÑOR CAJARVILLE.- En el comparativo que me entregó la Secretaría he subrayado todas las oportunidades donde se habla de adjudicación provisional. No sé si lo eliminé en la fórmula sustitutiva, pero sin duda lo que eliminé fue la adjudicación provisional como un acto administrativo.

SEÑOR GALLINAL.- A la luz de los razonamientos que se han hecho y de lo que nos expresa el doctor Cajarville, quizás luego nos podría hacer llegar una redacción definitiva teniendo en cuenta todas estas objeciones. Además, el doctor nos manifiesta que en su momento no tuvo en cuenta el inciso tercero.

SEÑOR PRESIDENTE.- Léase el artículo sustitutivo presentado por el doctor Cajarville.

(Se lee:)

"Artículo 23. **Adjudicación de ofertas**. La Comisión Técnica clasificará en orden decreciente las ofertas presentadas, atendiendo a los distintos criterios valorados.

Previo informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada, la Administración Pública contratante, a través de su ordenador de gastos competente, dispondrá que se otorgue vista del expediente a los oferentes, a cuyos efectos se pondrá el expediente de manifiesto por el término de cinco días, notificándose a todos los oferentes en forma personal o por telegrama colacionado dentro de las veinticuatro horas de decretado el trámite aludido.

Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término anterior, los oferentes podrán formular por escrito las consideraciones que les merezcan el procedimiento cumplido hasta el momento, el dictamen de la Comisión Técnica y el informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada.

El procedimiento continuará con la intervención del Tribunal de Cuentas, que dispondrá de treinta días corridos para su pronunciamiento, contados desde su recepción de todos los antecedentes. Vencido ese plazo sin que el Tribunal de Cuentas se expida, se considerará que existe pronunciamiento favorable del Tribunal.

Con el pronunciamiento del Tribunal de Cuentas, o vencido el plazo establecido para ello, el ordenador de gastos competente resolverá lo que entienda pertinente. Cuando se disponga la adjudicación, se notificará a todos los oferentes y se inscribirá en el Registro de Proyectos de Participación Público-Privada previsto en el art. 14 de la presente ley. Si la adjudicación no recayera en el oferente ubicado en primer término en el dictamen de la Comisión Técnica, deberá dejarse expresa constancia de los fundamentos por los cuales se adopta resolución divergente.

El adjudicatario deberá proporcionar toda la documentación cuya presentación se hubiera diferido para esta etapa, así como constituir la garantía de cumplimiento del contrato cuando corresponda, dentro de los treinta días hábiles contados desde su notificación. Si así no lo hiciera, la Administración contratante podrá dejar sin efecto la adjudicación y adjudicar el contrato a otro oferente, previo nuevo informe de la Unidad de Proyectos de Participación Público Privada, y con expresa constancia de los fundamentos por los cuales se aparta del orden establecido por la Comisión Técnica, si correspondiera.

En cualquier caso, la Administración Pública contratante podrá rechazar la totalidad de las ofertas sin responsabilidad alguna, no reconociéndose pagos o reintegros por concepto de gastos de los oferentes."

SEÑOR CAJARVILLE.- Quiero hacer, además, una observación con respecto al artículo 26, en cuyo inciso tercero habría que corregir la referencia a la "adjudicación provisional".

Con respecto a los artículos 47 "(Modificaciones unilaterales del contrato por la Administración)", 48 "(Modificaciones previstas en el contrato)" y 49 "(Renegociación de los contratos)", quiero decir que, en principio y sin perjuicio de la deliberación que pueda suscitarse, no tengo observaciones que formular por la comprensible razón de que la redacción es mía. Lo único que quiero decir a ese respecto es que en el artículo 49 habría que corregir algunas erratas. Concretamente, en el apartado A) I) dice "por el contratista el tiempo de su celebración" y debería decir "al tiempo de su celebración". Asimismo, en su apartado C) figura la frase "como condición de su revisión conforme al artículo 49", mencionándose el mismo artículo en que está; lo que sucedió fue que cambió el número y ahora es el artículo 48. Si el señor Presidente me lo permite, voy a dar una breve explicación sobre estos tres artículos.

Aquí se regula un tema muy discutido en la doctrina: las posibilidades de modificación del contrato durante su ejecución. La doctrina dominante, no solo en nuestro país sino también en el Derecho francés y en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en donde se encuentra la fuente de nuestro Derecho Administrativo -que, además, es la sostenida en nuestro país por el doctor Sayagués Laso, es la que yo sigo y la que recogí en estos artículos- señala que la Administración, durante la ejecución de los contratos, puede modificar su contenido por razones de interés público. Quiere decir que en esta materia no rige el principio propio del Derecho Civil y del Derecho Privado en general, en el sentido de que el contrato es ley para las partes y estas no lo pueden modificar unilateralmente, salvo que haya común acuerdo. La diferencia entre una solución y otra radica en algo ostensible, claro y sencillo: mientras en la contratación entre particulares lo que está en juego es el interés, justamente, de los particulares, en la contratación del Estado, por principio está en juego el interés público, y cuando se produce un enfrentamiento entre el interés privado y el público, respetando los derechos del privado, debe predominar el interés público.

El ejemplo clásico que muestra con elocuencia la razón de ser de esta solución propia del Derecho Público y del Derecho Administrativo en general, viene de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. A principios del siglo XX o a fines del XIX surgió como innovación técnica el alumbrado de los espacios públicos mediante electricidad, sustituyendo el sistema de alumbrado por gas. Pero cuando se presentó esa posibilidad técnica existía un concesionario del servicio de alumbrado público que suministraba el servicio por gas, cuya concesión se vencía en veinte o treinta años. Entonces, el Consejo de Estado francés reconoció la potestad de la Administración de modificar, en ese caso, unilateralmente ese contrato, imponiendo al concesionario la sustitución del alumbrado a gas por el

eléctrico, pues se entendió que no se podía ofrecer a la comunidad durante treinta años más un tipo de alumbrado que estaba absolutamente superado.

Este tipo de solución que, como señalé, viene del Consejo de Estado francés y ha sido sostenida en nuestro país por el doctor Sayagués Laso, hoy por hoy no es unánime en nuestra doctrina. Lo fue hasta no hace más de diez años, pero actualmente está siendo discutida en la doctrina comparada y en la nuestra.

SEÑOR ABREU.- ¿Y en la jurisprudencia?

SEÑOR CAJARVILLE.- Es difícil encontrar en nuestro país jurisprudencia respecto de esta materia porque, por lo menos hasta no hace muchos años, era muy excepcional que un contratante con el Estado litigara contra él. A diferencia de lo que ocurre cruzando el río, donde no hay contrato con el Estado que no termine en juicio, en nuestro Derecho, hasta no hace muchos años -y aquí apelo al testimonio de los colegas- no era frecuente que un contrato terminara en un litigio entre las partes. En general se solucionaba de otra manera, aunque desde hace un tiempo lo frecuente es que eso se resuelva por medio de arbitrajes, y la jurisprudencia en materia arbitral es difícil de conocer, porque generalmente no se publica y porque a veces existen pactos expresos entre las partes en cuanto a no publicar los laudos. Advierto que aunque no exista ese pacto, de cualquier manera no es usual que los laudos arbitrales se publiquen. Personalmente, conozco algún laudo arbitral y, en realidad, en algunos de esos arbitrajes yo fui árbitro y se reconoció la potestad del Estado de modificar unilateralmente los contratos; igualmente, creo que existió algún fallo arbitral en sentido contrario. Creo que en ese sentido se trata de una opción de política legislativa.

Ahora bien, ya que el tema está planteado en este proyecto de ley, el Legislador va a tener que decidir si opta por admitir la posibilidad de modificar unilateralmente esos contratos por parte de la Administración -aclarando en qué casos se puede hacer y con qué consecuencias- o por no aceptar esa opción, remitiéndose a la solución propia del Derecho Privado de que el contrato es ley entre las partes. Ahora bien, cuando se sostiene que el contrato es ley entre las partes y que no puede ser modificado por la Administración, aunque exista una razón de interés público que haga imprescindible modificarlo, la solución que se propone es que la Administración extinga el contrato y llame a licitación nuevamente. Con esto, ni se favorece al cocontratista -porque se le extingue su contrato y él puede tener interés en continuarlo con las modificaciones que el interés público imponga- ni al interés público, porque es necesario volver a hacer todo un procedimiento de contratación. Entonces, creo que es más razonable la solución todavía predominante en la doctrina -aunque hay divergencias al respecto- en cuanto a admitir que la Administración puede modificar sus contratos. Justamente, eso es lo que propongo en los tres artículos que he redactado, recogiendo esta solución que he explicado y regulando sus consecuencias. El régimen que yo consagro se sostiene en que las partes puedan, en el propio contrato, prever en qué casos la Administración puede modificar unilateralmente el contrato, en qué aspectos lo puede hacer y con qué consecuencias. Esto estaría establecido en el inciso primero del artículo 47. Sin perjuicio de ese pacto, o aun cuando no existiera, en el inciso segundo se consagra la posibilidad de que igualmente la Administración pueda modificar el contrato cuando existan esas razones de interés público que explicaba anteriormente y que lo justifican en casos determinados. Esto toma las razones de interés público, pero también del propio contratista.

En el artículo 48 propongo que las partes puedan prever en el contrato las hipótesis en las cuales se comprometen a acordar la modificación del contrato.

Por su parte, en el artículo 49 se prevé la necesidad de renegociar el contrato. Las hipótesis de modificación del contrato que se prevén son las clásicas del Derecho Administrativo y tienden a la aplicación de mecanismos que restablezcan la ecuación económica. Se entiende por ecuación económica del contrato el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes que estas pactaron al contratar, esto es, el equilibrio que resulta del propio contrato entre los derechos y las obligaciones de cada una de las partes. Si se modifica el contrato por parte de la Administración en alguna circunstancia que incida en el equilibrio económico -lo que se llama "modificación por hecho del príncipe", nombre antiguo que se conserva, aunque también se habla de "modificación por hecho de la Administración"- o se modifica en razón de un hecho ajeno a las partes -denominada "hipótesis de fuerza mayor"- el artículo 49 establece que estas deben renegociar el contrato. Ahora bien, ¿qué ocurre en esa renegociación? Como toda renegociación, las partes pueden llegar o no a un acuerdo, o una de las partes puede negarse a negociar. Para esas dos hipótesis, la de caso fortuito o fuerza mayor -que modifica el equilibrio de la ecuación económica del contrato- o la del hecho del príncipe,

que modifica el equilibrio contractual, así como también para una tercera hipótesis, que es cuando las partes, conforme al artículo 48, pactaron que iban a renegociar y luego resulta que una de las partes se niega a hacerlo o no llegan a un acuerdo, se prevé que si una de las partes se niega a restablecer el equilibrio económico del contrato, una parte -en perjuicio de la cual se ha modificado el contrato- puede demandar jurisdiccionalmente a la otra a pagar una indemnización. Considero que la demanda jurisdiccional debe entenderse teniendo presente el artículo 54, que prevé la solución arbitral para la resolución de controversias. Esta demanda jurisdiccional de una indemnización que una de las partes hace a la otra se tramitará mediante un arbitraje, conforme al artículo 54.

Esto es cuanto quería manifestar con respecto a estos tres artículos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Antes de que dar el uso de la palabra a los señores Senadores, quiero aclarar que la delegación de la Corporación Nacional para el Desarrollo está esperando para ingresar hace más de media hora.

SEÑOR ABREU.- Lo sé, señor Presidente, pero me gustaría realizar una pregunta puntual porque estas apreciaciones fueron motivadas por algunos comentarios realizados en la sesión pasada. Es claro que el artículo 52 dice que siempre es obligatorio recurrir al arbitraje en cualquier tipo de discrepancia que exista. El profesor Cajarville señaló -y comparto la idea- que cuando habla de la vía jurisdiccional, también se refiere a la vía del arbitraje. A este respecto, la interrogante que quiero realizar es la siguiente. Si una de las partes quiere optar por la vía judicial, sin ir necesariamente por la vía arbitral, ¿lo puede hacer en función de este artículo o también se tiene que ajustar a renegociar o dirimir sus controversias en el ámbito del proceso arbitral?

SEÑOR CAJARVILLE.- Estimo que cada artículo debe interpretarse contextualmente, de manera que si aquí se establece que podrá demandar jurisdiccionalmente y el artículo 54 establece que las diferencias entre las partes se dirimirán en vía arbitral, esta reclamación también hay que realizarla por esa vía. Sin perjuicio de ello, luego de la lectura de la versión taquigráfica de la reunión anterior me parece que no estaría de más que en el texto se agregara una remisión al artículo 54, luego de la referencia a la demanda jurisdiccional. La redacción podría ser la siguiente: "demandar jurisdiccionalmente, de conformidad con el artículo 54, una indemnización".

SEÑOR MICHELINI.- Si estos artículos 47 y 48 se aprobaran, podríamos suponer que el Legislador estableció un límite a esas modificaciones del contrato. En el caso del artículo 47 se establece un 20%, y el artículo 48 habla de un 50% en una determinada etapa y de un 30% en la etapa de construcción. Pero en el artículo 49, que también habla de hipótesis de renegociación del contrato, no se establece un límite. La pregunta es si se da por sentado que en esa renegociación no hay límite alguno, porque puede ocurrir que se produzcan cambios tecnológicos de gran magnitud. Concretamente, en ANTEL se podría dar el caso de que contratara para que se haga un cableado de fibra óptica y, cuando se va a empezar la obra, luego de que se licitó y se adjudicó sin ningún tipo de problemas, aparece otro tipo de fibra que cuesta más, pero que tiene un potencial sustancialmente mayor. En un caso así, el sentido común indicaría que habría que renegociar con la empresa, porque es lógico que se acepte ese cambio tecnológico, aunque la obra implique un monto mucho mayor.

SEÑOR CAJARVILLE.- Creo que la razón de existencia o no de la limitación es distinta en los tres artículos.

En el artículo 47, el establecimiento de un límite obedece a que se trata de una modificación unilateral, es decir, el objetivo es que la Administración no le pueda imponer al contratista una modificación que implique cualquier monto de inversión o costo de explotación. Es decir que aquí, como una contrapartida al predominio del interés público, se está tutelando el interés del particular.

En el artículo 48, que prevé el caso de que las partes acuerden revisar el contrato, el establecimiento de un límite tiene una razón distinta: se busca amparar el interés de terceros que eventualmente podrían estar interesados en ingresar en esa actividad.

SEÑOR MICHELINI.- O que se presentaron y perdieron.

SEÑOR CAJARVILLE.- Exactamente, y también puede darse la posibilidad de que haya que hacer otra obra o una reforma de la misma dimensión. En este caso, puede seguir la empresa que está trabajando, pero se abre la posibilidad de que ingrese otra. En el artículo 48 se está tutelando, entonces, ya no el interés público o el del contratista, sino el de eventuales terceros que quisieran ingresar a actuar en esa materia.

Por último, en el artículo 49, la inexistencia de un límite obedece a lo que muy bien explicó el señor Senador Michelini, con la salvedad de que aquí la renegociación obedece a causas determinadas. Entonces, en principio, a lo único que puede llevar la renegociación es a remediar las consecuencias de esas causas determinadas. No podría, por esta vía, modificarse el contrato en otro aspecto que no tiene nada que ver con el hecho del príncipe o la causa de fuerza mayor. Se trata de restablecer la ecuación económica del contrato.

En cuanto al artículo 51, que establece las hipótesis de extinción del contrato, y en el literal I) expresa, "Mutuo acuerdo de extinción del contrato entre la Administración Pública contratante y el contratista", en la Cámara de Representantes planteé una observación, pero no tuve éxito. Por decir lo menos: es peligroso dejar librado al acuerdo entre las partes, y en definitiva al consentimiento de la Administración, la posibilidad del liberar de sus obligaciones al contratista. El contratista puede no tener interés en mantener el contrato y, sin embargo, se encuentra obligado. Por eso insisto: es peligroso permitir que la Administración tenga la facultad de liberarlo de las obligaciones sin ningún límite y con total discrecionalidad. De manera que, en mi opinión, habría que establecer un límite.

SEÑOR GALLINAL.- Este es un tema delicado que hay que pensar más de dos veces a la hora de legislar porque podría alterar las garantías de los cocontratantes con el Estado y restar certeza jurídica.

Observen, señores Senadores, que hoy en día, más allá del hecho del príncipe, el Estado no puede unilateralmente modificar un contrato, y tampoco lo pueden hacer las partes, porque cuando el contrato es producto de una licitación, hay algunos términos que son inalterables. O sea, si el Estado licita por un precio determinado, adjudica la licitación a una empresa y luego, como tiene la potestad de renegociar, baja el precio y cambia el objeto, todos los que participaron con todo derecho pueden plantear su desacuerdo. Pero esto también se limita.

Es obvio que esta propuesta tiene que ver con la posibilidad de atraer inversores, facilitar que el Estado pueda cumplir con sus cometidos y otorgar todas las garantías, pero se incluye un artículo que dice que se puede establecer previamente en el contrato que puede haber modificaciones unilaterales y, a renglón seguido, se expresa que se podrán hacer las modificaciones unilaterales si no se establecieron previamente en el contrato. Me preocupa enormemente lo que se dispone en estos artículos porque sus efectos son muy delicados. Pienso, y me pregunto en voz alta -quizás el doctor Cajarville pueda ayudarnos a avanzar en este tema, a pesar de que me sorprendió la modificación que él propone al artículo 51- en cuanto a las modificaciones unilaterales del contrato, ¿existe la posibilidad de que el contratante pueda rescindir el contrato unilateralmente estableciéndose las condiciones de la indemnización económica para que pueda operar? Planteo esta interrogante porque da la sensación de que se le está dando al Estado una potestad de una magnitud tal que el día de mañana, por sí y ante sí, podría modificar cualquier contrato en términos que para los adjudicatarios haría imposible su cumplimiento por no contar con el respaldo económico suficiente o porque se lo impiden otras razones. De esta manera, el Estado tendría el camino para librarse de un adjudicatario que no quiere, pero al que no hubo más remedio que otorgar la licitación en función de la libre competencia.

Hago este razonamiento porque entiendo que el objetivo del Poder Ejecutivo -y de todos- es avanzar en todo lo relacionado con este tema, que en síntesis significa encontrar la forma de facilitar la actuación del Estado en el cumplimiento de sus cometidos desde el punto de vista económico, en el marco de esa filosofía que rige en nuestro país desde siempre, que se basa en el principio de la desconfianza. Todo se basa en ese principio; por eso existe el Tribunal de Cuentas; por eso tenemos el régimen de recursos actual. Llega un momento que al Estado se le hace muy difícil operar en forma directa. Pero me parece que con esta normativa nos estamos yendo a un extremo que puede conspirar contra las intenciones en función de las cuales estamos discutiendo este proyecto. Por eso pregunto si no existe la posibilidad de establecer un mecanismo de estas características.

SEÑOR ABREU.- Quisiera agregar una pregunta que, si bien está lateralmente vinculada, se refiere al artículo 50, sobre cesión y subcontratación. Me gustaría conocer la opinión del profesor en este tema, que es de gran sensibilidad. Me preocupa el hecho de que las adjudicaciones y la posibilidad de ceder

los contratos parcial o totalmente no permitan o favorezcan una especie de oligopolio de empresas que se presentan y que después se reparten entre ellas el cumplimiento del trabajo, comenzando a crear limitaciones a la competencia.

SEÑOR CAJARVILLE.- Comienzo con la pregunta del señor Senador Abreu. La solución que viene de la Cámara de Representantes y que propone el Poder Ejecutivo es la habitual. Sin embargo, lo que dice el señor Senador Abreu -sin duda con conocimiento de causa- es tan grave que, incluso, a veces existen licitadores que se dedican a ganar licitaciones para después cederlas. Reitero que lo que este artículo 50 y la propuesta del Poder Ejecutivo recogen es la solución habitual en los pliegos de condiciones y por eso no la objeté. El remedio para eso es sujetar esa posibilidad de cesión al consentimiento de la Administración. Esa es una garantía para la Administración como sujeto contratante, pero no para el interés público, porque también pueden existir acuerdos bajo cuerda entre esta y un licitante, pero eso es difícil de prever.

Incluyendo este tema en la respuesta al planteamiento del señor Senador Gallinal, quiero decir que el remedio para la posibilidad de que la Administración utilice desviadamente sus poderes es un riesgo que existe en todos sus poderes: en el de sancionar, en el de prohibir, en el de autorizar. Siempre existe el riesgo de que la Administración utilice desviadamente sus poderes y, en este caso, de que modifique un contrato para sacarse de encima a un contratista. Sin embargo, es difícil privar al Estado de poderes, porque de lo contrario no podría actuar y dejaría de ser Estado.

Las garantías frente a eso son las genéricas que existen con respecto al ejercicio de los poderes del Estado, es decir, la posibilidad de recurrir o de ir a un órgano jurisdiccional. Si la Administración utiliza de esa manera cualquier poder -y en el caso que nos preocupa, el poder de modificar el contrato- la garantía es ir ante un órgano jurisdiccional para que anule la decisión desviada, no arreglada a Derecho, que no se ajuste a las hipótesis que la ley le autoriza para modificar el contrato o que se ajuste en exceso. En ese caso habría una desviación o exceso de poder o una ilegalidad de otro tipo. Me parece difícil encontrar soluciones adicionales con respecto a este poder en particular; tal vez la solución podría ser la que propone el señor Senador, es decir, dar al contratista no solo la posibilidad de restablecer la ecuación económica sino, además, la de extinguir unilateralmente el contrato. Realmente, no tendría ninguna objeción fundamental a una solución de ese tipo.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que ya tenemos todos los elementos necesarios para analizar la ley.

Agradecemos todos los aportes del doctor Cajarville, que sin duda van a ser tenidos en cuenta.

(Se retira de Sala el doctor Cajarville)

\- - - - -

(Ingresan a Sala los representantes de la Corporación Nacional para el Desarrollo)

-Continuando con el tratamiento del proyecto de ley sobre contratos de participación público-privada, tenemos el gusto de recibir al señor Presidente de la Corporación Nacional para el Desarrollo, economista Luis Porto, y al Director, doctor Rodrigo Goñi.

Como es sabido, ustedes participaron de la discusión en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes, pero aquí también los señores Senadores queremos conocer algunas particularidades de lo que hace a la participación de la Corporación en los probables contratos bajo el mecanismo que se instrumenta en este proyecto de ley.

SEÑOR PORTO.- Muchas gracias por la invitación. Quisiera disculpar a la Vicepresidenta de la Corporación, doctora Adriana Rodríguez, que desde antes de coordinar esta reunión tenía agendada una gira por el interior y lamentablemente no nos podrá acompañar en el día de hoy.

La Corporación Nacional para el Desarrollo interviene en este proyecto de ley en diferentes aspectos. En primer lugar, en el artículo 9º se le otorgan una serie de competencias muy relacionadas,

en la comparación internacional, con las unidades o agencias especializadas en materia de contratos de participación público-privada. Incluso, a nivel internacional existen diferentes experiencias en los diversos países. Hay algunos como Francia, que tienen una unidad especializada que funciona dentro del símil del Ministerio de Economía y Finanzas del Uruguay; en otros, como Gran Bretaña, la unidad especializada estuvo durante mucho tiempo dentro del sector privado; asimismo, hay experiencias como la de España, donde cada Consejería de la Comunidad de Madrid -como, por ejemplo, la Consejería de Transportes e Infraestructuras y la de Sanidad- tiene su propia unidad de participación público-privada. A su vez, podemos citar el ejemplo de Andalucía, donde hay una agencia especializada que atiende a todas las Consejerías.

Cabe acotar que existe mucho material con respecto a las ventajas y desventajas de tener una unidad especializada para este tipo de proyectos.

En función de las características y del tamaño de nuestro país, el proyecto de ley recoge la necesidad de concentrar en un lugar las capacidades y la especialidad para asesorar y atender a toda la Administración Pública, tal como se define aquí.

En ese sentido, la Corporación Nacional para el Desarrollo ha estado trabajando en la materia desde hace unos meses, es decir, desde que comenzó el proceso de discusión del tema y de redacción de esta iniciativa por parte del Poder Ejecutivo. En efecto, participamos en el proceso de redacción del proyecto de ley, asesorando al Ministerio de Economía y Finanzas en cuanto a diferentes aspectos y, en particular, a las normas que tienen que ver con la Corporación.

Durante estos meses hemos estado desarrollando las capacidades necesarias para llevar adelante las competencias que la iniciativa otorga a la Corporación, en el caso de que sea aprobada.

En particular, hemos firmado un convenio con la Universidad Politécnica de Madrid mediante el cual vamos a implementar en el Uruguay un diploma en Desarrollo de Infraestructuras y su Financiamiento, con foco en temas de participación público-privada y sobre la base de una maestría que ofrece esa Universidad con respecto a este tema. Ese diploma va a ser reconocido por la Universidad Politécnica de Madrid y será dictado en la Corporación Nacional para el Desarrollo por profesores españoles y uruguayos. En el marco de este convenio, una funcionaria de la Corporación está cursando desde hace meses esa maestría en España.

Asimismo, firmamos convenios con la Junta de Andalucía, donde existe una Agencia muy similar a lo que la Corporación Nacional para el Desarrollo tendrá que implementar en el caso de que se apruebe el proyecto de ley. En base a ese convenio, hemos desarrollado acuerdos específicos para recibir el apoyo de GIASA, o Gestión de Infraestructuras de Andalucía, tanto en metodologías relativas a los estudios previos que la iniciativa marca que deben tener los proyectos como en lo que hace al propio diseño de los pliegos y al formato de los contratos. Quisiera decir que los expertos que hemos contactado -y que los organismos internacionales nos han ayudado a conocer, tanto de América como de otras partes del mundo- nos expresan que los pliegos de Andalucía son los mejor diseñados en este tipo de contratos.

Asimismo, hemos trabajado con el Banco Interamericano de Desarrollo con el fin de obtener una cooperación técnica no reembolsable de US$ 1:800.000 para la Corporación Nacional para el Desarrollo, a los efectos de desarrollar las capacidades y competencias para llevar adelante estos proyectos. Ese Programa del Fondo Multilateral de Inversiones del BID ya está en marcha. Precisamente, en este momento estamos trabajando con los recursos no reembolsables del Banco en la implementación de los manuales y las metodologías que la Corporación debe elaborar en función de lo que estipula el artículo 9º de la iniciativa. Reitero que esos manuales están siendo elaborados gracias al aporte del Banco Interamericano de Desarrollo.

En cuanto al artículo 9º, la experiencia internacional indica que para países como el nuestro, de pequeña escala, es mucho más conveniente tener una unidad especializada que un área de PPP en cada uno de los Ministerios, empresas públicas, etcétera, por razones de escala y de especialización. La Corporación se está preparando desde hace meses a través de diversos convenios a nivel internacional y con el apoyo de organismos internacionales, a los efectos de desarrollar las competencias y cumplir con éxito los cometidos encomendados por el artículo 9º.

Los siguientes artículos donde aparece la Corporación son el 11 y el 12. En realidad, en el artículo 9º las competencias otorgadas a la Corporación se vinculan a la estructuración del proyecto de ley. Esto incluye desde los estudios previos, el diseño, la redacción de los pliegos y de los contratos, el asesoramiento al Poder Ejecutivo o a la Administración Pública en esa materia, hasta el momento de la adjudicación. Allí termina el proceso de estructuración. A través de los artículos 11 y 12 se da a la Corporación la posibilidad de implementar el proyecto de ley, es decir que, además de seguir el proceso de los estudios previos, podrá hacer la construcción y el mantenimiento. Desde nuestro punto de vista, el argumento del artículo 11 está vinculado a razones de urgencia. Como todo este proceso de estudios previos y la eventual negociación con privados lleva un período que varía mucho en la experiencia internacional -cuatro años y medio en Gran Bretaña siete u ocho meses en España- puede haber algunas infraestructuras en forma relativamente rápida o urgente y estos tiempos no permiten realizar con esa urgencia. Es por eso que el artículo 11 prevé en forma acotada y limitada esa posibilidad, dando a la Corporación la oportunidad de implementar el proyecto, pero acotado a determinados montos, ya que luego de ciertos plazos tiene que pasar al sector privado. Es un artículo que, desde nuestro punto de vista, se fundamenta previniendo que exista determinada urgencia para el desarrollo de cierta infraestructura.

El artículo 12 es diferente y no tiene que ver con las relaciones de urgencia, sino que, desde nuestro punto de vista, se fundamenta en otros aspectos. En primer lugar, creemos que es una contraparte válida para la ley de creación de la Agencia Nacional de Desarrollo Económico, que otorga nuevos cometidos a la Corporación Nacional para el Desarrollo. Entre ellos está la competencia de ser concesionaria, pero nada dice con respecto a los concedentes. Es decir que esa iniciativa da a la Corporación una posibilidad, pero no dice nada con respecto a quién tiene que darla. Desde nuestro punto de vista, este artículo cierra el esquema del marco normativo uruguayo, diciendo que la Corporación puede ser el concesionario, y, por lo tanto, el concedente le puede dar una obra, pero repito: en el marco de esta normativa. Esto significa que debe realizar todos los estudios previos para justificar que lo haga la Corporación Nacional para el Desarrollo y, en el caso de que pase a un privado, tiene que hacerlo en el marco de esta ley. De esta manera se cierra lo que parecía ser un agujero en el marco normativo uruguayo.

Hay experiencias en el pasado como, por ejemplo, la Corporación Vial del Uruguay, que es propiedad de la Corporación Nacional para el Desarrollo y que tuvo una ley específica y un contrato en ese marco. De esta manera, si mañana por algún motivo se quiere desarrollar algún tipo de infraestructura similar a la realizada con la Corporación Vial, se debe hacer en el marco de esta ley. Como mencioné, desde nuestro punto de vista esto blinda o cierra esta ley junto con aquella que da la posibilidad a la Corporación Nacional para el Desarrollo de ser concesionaria. ¿Por qué puede pasar esto? ¿Cuáles son los fundamentos para que determinada infraestructura se haga de esta manera? Desde mi punto de vista -ahora no hablo como Presidente de la Corporación Nacional para el Desarrollo, sino como economista- ellos se vinculan con que esta norma ordena las concesiones en el Uruguay con un proyecto que tiene un diseño de incentivos mucho más eficiente y transparente que el marco normativo actual en materia de concesiones, haciéndolo además compatible con la contabilización, al incluir artículos sobre ello.

Entonces, ¿cuál es el punto central del artículo 12? Que pueden existir determinadas obras de infraestructura que quizás no sería prudente que tomara a su cargo el sector privado. Pero como hablamos de obras de infraestructura que van a permanecer en el tiempo para las generaciones futuras, la pregunta sería por qué la generación actual tiene que hacer un sacrificio fiscal para poder desarrollarlas. En consecuencia, por un tema de equidad intergeneracional, lo lógico es que pague la infraestructura la generación que la usa. De esta manera, al hacerla la Corporación Nacional para el Desarrollo -que, si bien está dentro del Derecho Privado, es una empresa pública- y contabilizarse en el marco de esta ley, ello se ajusta a los principios de equidad intergeneracional. No es esta generación la que paga por las generaciones futuras, porque la obra de infraestructura, que permanecer durante treinta o cuarenta años, será pagada por las generaciones que la van a usar.

Es decir, el fundamento básico del artículo 12 es el concepto de equidad intergeneracional. Simplemente, si en algún momento se evalúa que esa infraestructura puede pasar al privado, el artículo remite a que se deben cumplir los procedimientos establecidos en esta norma. De esta manera, lo que se hace es combinar el principio de equidad intergeneracional con el principio de transparencia, tanto desde el punto de vista de los estudios previos necesarios para que se le otorgue a la Corporación Nacional para el Desarrollo, como de los procedimientos de adjudicación competitivos que la ley marca en caso de que se otorgue a un privado.

Este punto es particularmente importante porque uno de los hechos centrales de un contrato de participación público-privada es la adecuada distribución de riesgos entre el público y el privado. Entonces, uno se puede preguntar qué adecuada distribución de riesgos hay cuando, en realidad, el contrato es público-público. Y el tema no es una adecuada distribución de riesgos por propiedad de capital, sino por la generación que lo usa. Esto está vinculado a la equidad intergeneracional -lo reitero- y no tanto a la distribución de riesgos entre el público y el privado.

Finalmente, el otro artículo que se incorpora en el proyecto de ley, vinculado a la Corporación Nacional para el Desarrollo, es el número 35.

Cuando en el proyecto se hace referencia a la posibilidad de iniciativa privada, se da a la Corporación Nacional para el Desarrollo la potestad de centralizar el trámite, de ser la ventanilla receptora y realizar la evaluación para asesorar a la Administración Pública en la definición del tema. Creemos que el artículo 35 es coherente con el resto del proyecto de ley porque crea una unidad especializada en la que van a estar desarrollándose las competencias para el análisis de este tipo de proyectos. Y, dada la experiencia existente en el Uruguay con respecto al marco normativo vigente, se recogen adecuadamente las necesidades de una unidad especializada. Como los señores Senadores saben, la iniciativa privada ya se puede concretar en el Uruguay, pero el procedimiento actual implica que cuando hay muchos involucrados, puedan transcurrir hasta cuatro años y medio antes de que una iniciativa privada tenga éxito, como es el caso, por ejemplo, del puerto de Nueva Palmira. Pero también puede suceder que los proyectos nunca se aprueben. Son muchas las iniciativas privadas que circulan por varios Ministerios, pero muy pocas se han aprobado en los últimos años. Esto puede estar vinculado, precisamente, al hecho de que no existe nadie que juegue de pívot, articulando, juntando a todas las partes y realizando los estudios necesarios para que cada una de ellas tome decisión y así se pueda agilizar el proceso. Entonces, creemos que el artículo 35 es coherente con las competencias que se otorgan en el artículo 9º en cuanto a la creación de una unidad especializada para la estructuración de los proyectos; de esta manera, la Corporación podrá jugar ese rol de pívot y acelerar los procesos y procedimientos en materia de iniciativa privada.

Por nuestra parte, es todo, señor Presidente. Quedamos a las órdenes para responder cualquier consulta que pueda surgir.

SEÑOR PRESIDENTE.- Quiero preguntar algo porque me ha surgido una duda con respecto al articulado.

El procedimiento para un contrato de participación público-privada puede ser de oficio, por iniciativa pública, o con iniciativa privada; en este último caso, la Corporación Nacional para el Desarrollo siempre está en primer lugar. Pido que se me corrija si me equivoco, pero tengo entendido que el trámite se inicia presentando el proyecto en la Corporación Nacional para el Desarrollo y después continúa.

SEÑOR PORTO.- Es correcto.

SEÑOR PRESIDENTE.- En cambio, cuando el proceso comienza de oficio dentro de la Administración Pública, hay una Comisión Técnica por cada proyecto y una Unidad de Proyectos que depende del Ministerio de Economía y Finanzas; además, la Corporación puede, o no, tener un papel a cumplir en esos casos. Quisiera que se me aclarara este punto.

SEÑOR PORTO.- En ninguno de los dos casos la Corporación es dueña del proceso; siempre es asesora. La diferencia es que, en el caso de la iniciativa pública, la Corporación puede, o no, ser la estructuradora del proyecto -esto depende de cada Administración- mientras que en el caso de la iniciativa privada se le da la potestad de ser la "ventanilla de entrada". En este último caso, si la iniciativa privada termina en un contrato de participación público-privada, que es una figura jurídica que se crea en este proyecto, tiene que pasar por todos los procedimientos de la ley. Si se me permite, luego cederé el uso de la palabra al doctor Goñi, Director de la Corporación y, además, abogado, para que profundice en este punto.

En realidad, lo que sucede es que la Corporación Nacional para el Desarrollo realiza la evaluación inicial y deriva la iniciativa, por ejemplo, al Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Luego, la Comisión Técnica puede decidir que la Corporación siga con el trámite -en cuyo caso, así se

hace en todo el proceso- o, por el contrario, que sea la Cartera la que lo haga, derivándolo, por ejemplo, a la OPP, al Ministerio de Economía y Finanzas, etcétera, contando con nuestro asesoramiento si así se solicita.

En consecuencia, el articulado determina que se funcione, reitero, como una “ventanilla de entrada”, así como un estudio previo y la coordinación de todos los involucrados.

SEÑOR GOÑI.- Quiero acotar que la Corporación Nacional para el Desarrollo nunca se apropia de los proyectos; el poder y la disposición los tiene siempre la Administración Pública. Lo que sucede, simplemente, es que cuando la Administración Pública piensa en un proyecto, hace sus estudios en forma previa a iniciar el proceso correspondiente.

Entonces, para que la Administración Pública no se llene de proyectos que a veces requieren un estudio muy importante, lo que provocaría un empantanamiento -si se me permite la expresión- la Corporación lleva adelante ese procedimiento para después derivar el proyecto a la Administración Pública, de manera tal que cuando esta deba resolver, ya tenga un camino recorrido. Muchas veces he escuchado decir que en los casos de iniciativa privada la Corporación se adueña del proyecto, pero corresponde aclarar que nunca es así, pues el proyecto siempre es de la Administración Pública.

SEÑOR ABREU.- Con respecto al artículo 35, quedó claro que cuando la iniciativa privada requiera la implementación de un contrato de participación público-privada, se presenta ante la Corporación Nacional para el Desarrollo. Ahora bien; en esta presentación, de acuerdo con la disposición se debe tener la información relativa al proyecto y su viabilidad analizada a nivel de prefactibilidad. Quiere decir que el empresario -por llamarlo de alguna manera- elabora un proyecto a nivel de prefactibilidad y lo presenta a la Corporación Nacional para el Desarrollo para que lo evalúe técnicamente. Esta evaluación, ¿es a nivel de prefactibilidad? ¿La Corporación puede requerir más información? ¿Profundiza en el tema de forma tal que de la prefactibilidad se pase a un proyecto que luego sea remitido a la Administración Pública? En lo personal, me interesa indagar sobre la parte técnica. Quiero saber si se trata de una evaluación de la prefactibilidad o de un estudio más profundo del proyecto.

Por otra parte, quisiera saber -aunque no figura en el proyecto de ley- si una vez presentada una iniciativa ante la Administración Pública, la Corporación podría estar encargada del seguimiento o simplemente cumple con la función de presentarlo con todos los recaudos para que luego la repartición correspondiente siga adelante con el proceso. ¿Podría la Corporación realizar otro tipo de actividad que le fuese encargada por parte de la Administración Pública -si así lo entendiese pertinente- para participar en forma conjunta?

SEÑOR PORTO.- Con respecto al tipo de evaluación, entendemos que el artículo busca hacer compatibles las capacidades que se desarrollan en la Corporación sobre la base de las metodologías a seguir, para que esto termine en un contrato de participación público-privada. Por ejemplo, un privado presenta una idea con un estudio de prefactibilidad y no tiene por qué contar -en realidad, no tiene por qué saberlo- con todos los elementos necesarios para ser evaluado en todos los estudios previos para que termine en un contrato de participación público-privada; esto lo hace la Corporación. Lo que hay que hacer es unir esto con el artículo siguiente, que establece que los costos son por parte del privado porque, en realidad, la función de la Corporación es ponerlo al tanto de lo que le hace falta para que después pueda hacerse un estudio de valor por dinero o de impacto económico-social. Todo esto, insisto, corre por parte del privado, porque después se le da la posibilidad de recuperar los costos si pierde la licitación. Así, los estudios debe hacerlos el privado; la Corporación le indica cómo debe tramitarlos para que terminen luego en un contrato de participación público-privada que pueda ser leído y analizado por la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, y lo mismo desde el punto de vista del Ministerio de Economía y Finanzas.

Por su parte, si esto termina en un contrato de participación público-privada, la que define si nosotros seguimos o no es la Comisión Técnica. En caso de ser así, ello implica varias cosas: que llevemos el estudio a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, que sobre la base del estudio preparemos los pliegos y los llevemos al Ministerio de Economía y Finanzas, que sobre la base de los pliegos preparemos el llamado, que lo definamos y que, sobre esa base, preparemos el contrato. Pero reitero que esto lo define la Comisión Técnica en cada caso y no tiene porque ser siempre igual; en algunas oportunidades podrá optar porque lo hagamos nosotros y, en otras, porque lo hagan ellos.

SEÑOR ABREU.- Pareciera entonces que la competencia de la Corporación es excluyente. Si toma una decisión respecto del estudio de prefactibilidad y dice “No va”, para el privado no hay otra instancia para seguir adelante con su proyecto en otros ámbitos. Por su parte, el inciso final del artículo 35 dice: “La información recibida será evaluada técnicamente y remitida a la Administración Pública competente, la que resolverá sobre su aceptación, modificación o rechazo, sin responsabilidad alguna”. Es decir, me pregunto si la decisión que tome -mi pregunta tiene que ver con el Derecho Administrativo- es un acto administrativo y si es recurrible. Planteando posibles hipótesis de circunstancias que pueden ocurrir en la Administración Pública, me cuestiono si el privado puede decir que su proyecto no fue bien analizado o que hay un acto de desviación de poder que está más allá de las competencias. Creo que esto es muy importante porque es decisorio. Entonces, ¿funciona como un filtro o no?

SEÑOR PORTO.- Quisiera leer el segundo inciso del artículo 35, ya que observo que no está claro el texto, del que se desprende que la Corporación Nacional para el Desarrollo no toma decisión. Allí se expresa: “La información recibida será evaluada técnicamente y remitida a la Administración Pública competente, la que resolverá”, etcétera. Es decir que el acto administrativo de resolución le compete a la Administración Pública y no a la Corporación Nacional para el Desarrollo. Nuestro informe asesora, pero no decide.

SEÑOR HEBER.- Escuché con atención el razonamiento que hacía el Economista Porto sobre el artículo 12, en cuanto a su proyección intergeneracional de alianzas. Si bien estoy de acuerdo con lo que expresa, no entiendo que ello se desprenda de la lectura del texto.

SEÑOR PORTO.- Yo señalaba que al artículo 12 hay que leerlo junto con el que realiza las especificaciones en cuanto a cómo se contabilizan los contratos de participación público-privada. Uno puede cuestionar el artículo 12 preguntándose por qué se hace un contrato de participación público-privada con una empresa que, en realidad, es pública, como la Corporación Nacional para el Desarrollo, cuyos accionistas son: mayoritariamente, el Ministerio de Economía y Finanzas, y minoritariamente, el Banco de la República. Uno puede preguntarse qué distribución de riesgos hay entre el público y el privado, si en este caso hay un público, digamos, que es el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y otro público que, en última instancia, es el Ministerio de Economía y Finanzas, que es el accionista. Entonces, yo mencionaba que no es esa la distribución de riesgos que hay aquí, sino que en este caso dicha distribución tiene que ver con quién lo puede hacer de mejor manera. Quizás una empresa pública de Derecho Privado puede hacerlo mejor que un ministerio público; en los hechos, los costos de construcción de la Corporación Vial del Uruguay son menores que los del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, por lo que lo puede hacer mejor.

Por otro lado, si bien finalmente es el sector público el que está asumiendo todos los riesgos, como esto no está incluido en el presupuesto como carga para esa generación -se habilita a contabilizarlo en forma diferida, con las limitaciones que tiene del 7% de esos pagos diferidos y el 5 por mil en el flujo- todo ese costo no lo asume la generación que construye la infraestructura y -por su contabilización y a pesar de que siempre es público- se reparte en forma equitativa entre la generación que lo usa, porque el sector público va haciendo el pago a medida que la infraestructura se va usando. Entonces, la lógica no está en el artículo 12, sino en su lectura conjunta con el artículo que refiere a cómo se contabilizan estos contratos.

SEÑOR ABREU.- Quisiera plantear la misma inquietud respecto de la cesión de los contratos.

El artículo 12 establece que se pueden realizar contratos entre la Corporación Nacional para el Desarrollo y la Administración contratante, esto es, la Administración Pública. Quiere decir que en un contrato bilateral, una de las partes va a ser la Corporación Nacional para el Desarrollo y, la otra, la Administración. Podría tratarse, por ejemplo, de un contrato de obra pública. Ahora bien, ¿de qué recursos se va a dotar a la Corporación Nacional para el Desarrollo para que pueda decidir construir o realizar determinada actividad? En caso de que no lo pudiera hacer, no lo haga o esté pensando en otra cosa, la preocupación surge -esta pregunta se la realizamos al doctor Cajarville- respecto de la capacidad de ceder, total o parcialmente, el contrato. Me parece que podría ser una especie de intermediario -en el buen sentido de la palabra- ya que luego de realizada una contratación, de acuerdo a los procedimientos que establecen esta y otras leyes, puede cederlo a otro. ¿Cuál es el motivo jurídico, político o institucional, por el cual la Corporación Nacional para el Desarrollo asume este rol?

SEÑOR PORTO.- Si me permite el señor Senador, voy a responder sobre el motivo jurídico desde el punto de vista de la economía institucional ya que soy economista y no abogado.

El marco normativo vigente tiene una cantidad de fallas en la materia. Una de las que marcábamos es que el diseño de incentivos que tiene hoy la ley de concesiones y el propio TOCAF en materia de contratación con el sector privado es por momentos perverso. El hecho de permitir ampliaciones hasta el cien por ciento hace que uno nunca sepa si realmente está adjudicando a la oferta más conveniente, porque al otro día de hacerlo comienzan las negociaciones por las ampliaciones. Desde el punto de vista del diseño económico -no me refiero al Derecho Administrativo, porque no sé de esa materia- esta es una aberración. De la misma manera, en el marco normativo actual, la Corporación Vial del Uruguay se debe endeudar con el Banco Interamericano de Desarrollo, con la Corporación Andina de Fomento o con el Banco Mundial para realizar las obras que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas le encomienda, pero eso no se contabiliza en el sector público porque la Corporación Vial del Uruguay es una empresa privada. Este es un problema que viene del pasado y el artículo 12 intenta disciplinar el tema. Entonces, si de aquí en adelante alguien quiere hacer una nueva Corporación Vial, se tiene que contabilizar de la manera y con los límites que allí se establecen. No puede haber una cuenta separada, sino que figurará dentro de las cuentas públicas hasta el 7% del producto y hasta el 5 por mil del flujo. Entonces, a través de la creación de la figura de contratos de participación público-privada del artículo 12, se intenta -al igual que en el resto del proyecto de ley- ordenar, con otro diseño, la ley de concesiones y el propio TOCAF. El artículo 12 de alguna manera disciplina este tipo de acciones que en el pasado dieron lugar, por ejemplo, a la Corporación Vial del Uruguay o a la Corporación Ferroviaria del Uruguay, ambas empresas propiedad de la Corporación Nacional para el Desarrollo. De esa forma se obliga a introducir lo que debe figurar en la contabilidad pública. Desde el punto de vista del diseño institucional, para nosotros es una gran ventaja que permite trasparentar lo que se hace con los recursos públicos.

Otro elemento a tener en cuenta es que la Corporación Nacional para el Desarrollo es una empresa pública pero está en la órbita del Derecho Privado por lo que actualmente, cuando cede la administración de peajes, lo hace por ese Derecho y desde el punto de vista del diseño institucional -insisto en que no hablo como abogado- se genera un agujero. A través de una empresa pública de Derecho Privado, las cuestiones que están en la órbita pública pasan a un privado a través del Derecho Privado. El agujero que se crea ha sido objeto de discusión de este Directorio con el Tribunal de Cuentas para ver cómo se resuelve. Este artículo 12 busca llenar ese agujero, porque dice que para hacerlo hay que pasar por los estudios previos que la ley establece y que, si lo va a ceder a un privado, también tiene que seguir los procedimientos previstos. De esta manera se termina aquello de que va a la CND y después se hace por Derecho Privado. En este tipo de mecanismo, con este tipo de obra, va a la CND, y si después pasa al privado se hace por esta ley.

SEÑOR ABREU.- Pero el contrato de asociación público-privada se celebra entre la Corporación y la Administración, es decir que la Corporación no es la que lleva adelante toda esa actividad, sino que es la que trata de llenar ese agujero, diríamos, desde el punto de vista institucional. Ahora bien, la pregunta es si la Corporación se erige en una empresa más allá de los aspectos de asesoramiento técnico y de evaluación, porque esa Corporación, en cuya propiedad está la Corporación Ferroviaria y la Corporación Vial, obviamente es una empresa con varias actividades. Entonces, la posibilidad de ceder ese contrato está en función de no hacer una acumulación excesiva de un número de actividades muy importantes. Pero lo que no estoy viendo es por qué el contrato se firma con la Corporación, porque podría firmarse con las distintas empresas, con la participación de la Corporación, sin necesidad de pasar por la vía de la cesión parcial o total, que siempre tiene, en el ámbito de la Administración y de la vida diaria, una gran cantidad de problemas. Entonces, mi pregunta es qué tan necesario es que el contrato se realice entre la Corporación y la Administración.

SEÑOR PORTO.- Me gustaría distinguir dos elementos en la pregunta.

El primero de ellos es que efectivamente la ley le da dos posibilidades a la Corporación: la de ser estructurador y la de ser implementador del proyecto, es decir, que la Corporación sea la que lo ejecute. Y en el literal G) del artículo 9º, entre las competencias que se le asignan a la Corporación, figura la de crear o adquirir sociedades comerciales de cualquier naturaleza, así como instrumentos financieros, cuando ello se entienda necesario para el mejor desarrollo de proyectos de participación público-privada. De manera que se le da la posibilidad de crear una Corporación Vial del Uruguay 2 para desarrollar un contrato de participación público-privada, es decir que le otorga la posibilidad de implementarlo a través de otra empresa, como bien señala el señor Senador, cuyo propietario sea la Corporación Nacional para el Desarrollo.

La segunda parte de la pregunta es qué necesidad hay o puede haber de que esto sea así y no se haga directamente con privados. Esto se vincula a la respuesta anterior de la equidad intergeneracional. Si los señores Senadores me permiten, voy a poner un ejemplo imaginario; no tiene por qué ser real, porque no tiene por qué estar definido y no nos compete a nosotros, aunque sabemos que está en discusión. Me refiero, concretamente, al tema de la rehabilitación del ferrocarril y de la red ferroviaria. En ninguna parte del mundo la operación de las vías del tren -no de los trenes- es rentable. La inversión que hay que hacer es muy grande, es de muy largo plazo y no hay nadie que, cobrando un peaje a cada tren que pase, la recupere. Siempre tiene que haber un subsidio. En algún momento la sociedad uruguaya deberá tomar la decisión de si lo hacemos mediante un subsidio o mediante un contrato de participación público-privada, pero con un público que va a asumir esa pérdida en treinta o cuarenta años, porque la contabilización así se lo permite, puesto que las vías van a estar cuarenta años. Estoy poniendo un caso imaginario. Puede ocurrir que para un privado no sea rentable participar, pero sea necesario hacerlo, y que el sector público o la sociedad no estén dispuestos a tomar esta carga en un período presupuestal. Entonces, la ley le otorga un espacio para que esta carga sea distribuida en 30 o 40 años. Este es un ejemplo de una necesidad. Se trata de una infraestructura de la que no se haría cargo ningún privado. Entonces, el Estado, en lugar de dar un subsidio, prefiere hacerlo con una empresa como la Corporación -que es propiedad del Estado- repartiendo la carga en diferentes generaciones. No estoy diciendo que este sea el caso, pero es una posibilidad.

El artículo 12 establece los límites impuestos en la Cámara de Representantes en el sentido de que la Corporación no puede tener 20 empresas, porque todos los proyectos tienen un límite del 7% del Producto y del 5 por 1.000 en materia de flujos. Aquí se fija el límite, quedando claro que se hará por motivos excepcionales. De todos modos, la posibilidad queda abierta.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que ya contamos con los elementos necesarios para la consideración del proyecto de ley. Si los señores Senadores no tienen alguna otra duda o comentario para hacer, despedimos a los invitados.

(Se retiran de Sala los representantes de la Corporación Nacional para el Desarrollo)

SEÑOR ABREU.- Quiero hacer un planteo relativo a la forma de actuación en el trabajo de la Comisión.

La Comisión ha trabajado sobre el proyecto de ley de deportes. Desarrollamos un trabajo importante y con el asesoramiento debido. Inclusive, el Partido Nacional hizo un planteo respecto a la participación de las Intendencias. En la negociación interna llevada a cabo en la Comisión se nos dio un margen reducido, pero se respondió a las inquietudes planteadas. Concretamente, desde el punto de vista político, me gustaría que estos acuerdos se hagan en la Comisión y no llegue al Plenario una propuesta de un compañero -descolocada, aunque compartida- que no sea producto del trabajo de la Comisión o de una negociación. Digo esto porque así no vale la pena trabajar. Si negociamos por afuera, vamos al Plenario y decimos que en tal Comisión incluimos al Congreso de Intendentes, todo lo que planteamos seriamente en la Comisión, haciendo intercambios de ideas y puntos de vista, queda en el aire. Creo que es importante, señor Presidente, por respeto a la Comisión y por la forma de trabajo. Hago este comentario a modo de reflexión, para que quede asentada esta inquietud y a fin de que podamos manejarnos con mayor profundidad en estos temas en la Comisión.

SEÑOR BARÁIBAR.- Creo que lo que ha dicho el señor Senador Abreu en alguna medida me involucra como Miembro Informante y quiero decir que escuchamos todas las observaciones que se hicieron en la Comisión y las discutimos. Me podrán creer o no, porque hace años me pasó algo similar en la Cámara de Representantes; en esa oportunidad el único testimonio que tenían para probarlo era mi palabra y se aprobó una moción de respaldo por unanimidad. Quiero decir que no había negociado nada y no es mi estilo hacerlo a espaldas de nadie; además, yo fui el que asumí y contesté por la bancada, así que no hay más nadie involucrado. Puedo asegurar al señor Senador Abreu que si hubiera llegado a hablar algo con el señor Senador, lo habría hablado no solamente con él, sino con los demás miembros de la Comisión. Me pueden creer o no, pero no hablé con nadie y el

primer conocimiento que tuve del hecho fue cuando el señor Senador Da Rosa se refirió al tema en el Plenario.

SEÑOR PRESIDENTE.- Creo que debemos decidir cómo vamos a seguir el tratamiento de este tema.

Está pendiente una audiencia de la Facultad de Derecho, que no pudo venir en esta ocasión pero sí lo podría hacer la próxima semana. A su vez, nos gustaría comenzar a analizar el proyecto de ley. Me parece que las últimas visitas nos han dado buenos elementos como para iniciar el tratamiento y nos gustaría que las diferentes bancadas tuvieran claro para la próxima sesión si desean hacer algunos cambios o agregados. Recuerdo a los señores Senadores que esta iniciativa viene aprobada casi por unanimidad en la otra Cámara, por lo que tenemos bastantes posibilidades de que sea sancionada rápidamente.

SEÑOR AMORÍN.- Estamos de acuerdo en trabajar con rapidez en este tema. Creo que después de recibir al Instituto de Derecho Comercial podemos empezar a votar el proyecto, de manera que en el mes de julio podamos aprobarlo en el Plenario.

En realidad, mi planteo se refiere a otro tema: la invitación al señor Ministro de Economía y Finanzas y al señor Presidente del Banco Central para que nos hablen sobre el valor del dólar y la inflación, así como qué medidas se están tomando al respecto. Como sé que coincido con los miembros del Gobierno en la preocupación, me gustaría saber si pueden venir antes de fin de mes. Personalmente, hablé con el señor Ministro y me dijo que ya había terminado con la Rendición de Cuentas, por lo que podía venir cuando nosotros quisiéramos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Eso está presente y no tengo dudas de que el Ministerio va a venir inmediatamente después de que haga la presentación de la Rendición de Cuentas en la Cámara de Representantes, que creo va a ser en el curso de este mes. De todas maneras, podemos hacer un nuevo contacto para ver si se puede adelantar la visita.

No habiendo más asuntos, se levanta la sesión.

(Así se hace. Es la hora 12 y 34 minutos)